

CAPÍTULO X
FAMILIA Y MINORIDAD:
ADOPCIÓN INTERNACIONAL POR PERSONAS
DEL MISMO SEXO

SUMARIO: I. *Conceptos*. II. *Derecho aplicable*. III. *Conclusión*.

Mónica GONZÁLEZ SOTO

A partir de la década de los noventa la adopción internacional se ha incrementado; por una parte en los países desarrollados o industrializados los cambios sociales y demográficos, tales como la posibilidad de un mayor acceso a los medios anticonceptivos, la legalización del aborto y la postergación de la maternidad, han contribuido significativamente. Por otro lado, en los países en vías de desarrollo se presenta un alto índice de niños abandonados a consecuencia de las crisis económicas, guerras y catástrofes naturales.

Sin calificar de buena o mala, es importante enfrentar una realidad social, que es el incremento de parejas de hecho y matrimonios de personas con el mismo sexo, que por características físicas les es imposible concebir un menor y que por ello ven como alternativa la adopción.

Al ser un novedoso tema y en incremento es de suma importancia contribuir en mejorar el sistema jurídico mexicano, en cuanto a que se desea optimizar la protección al menor que por circunstancia fortuita no está con sus padres.

En nuestro país se está viviendo una etapa de constantes cambios en la forma de llevar las instituciones; por ello, se pretende con este estudio crear una conciencia social y llamar la atención de nuestras autoridades para que se fortalezcan jurídicamente nuestras leyes y tutelen el interés superior del menor.

La disertación propone contribuir a precisar tendencias que pueden observarse en el proceso de adopción. El papel que juega la adopción internacional en nuestro país servirá como base para proponer ajustes que armoni-

cen lo sustantivo y adjetivo en los estados, que las hagan conducentes a satisfacer las necesidades sociales de una manera uniforme, para evitar contradicciones en leyes de diferentes estados o en la misma ley.

I. CONCEPTOS

Para el entendimiento de lo que pretende expresar el presente trabajo, es necesario comenzar con el análisis de los conceptos; A continuación se definirán aquellos conceptos que se consideran importantes en la temática que se desarrolla.

1. *Adopción*¹

Es aquella institución que mediante un acto jurídico, el adoptado adquiere carácter de pariente consanguíneo del adoptante. Es decir, surge a través de este acto, en el mismo vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor en común.² Asimismo, constituye una ficción jurídica socialmente útil, porque en teoría representa por una parte una alternativa para darle al adoptado la protección adecuada dentro de una familia, y por la otra, para matrimonios o personas que por sus circunstancias particulares no pueden concebir o tener descendencia naturalmente. Los tipos de adopción son la plena y la simple.

Con la adopción *plena* se crea entre adoptado, adoptante y parientes del adoptante, un vínculo de parentesco civil del que se derivan las mismas relaciones que resultan de la paternidad y filiación legítima.

Por lo tanto, los efectos jurídicos que tiene la adopción es que confiere al adoptado una filiación irrevocable e inimpugnable que sustituye a la de origen, creando un vínculo de parentesco equiparable al consanguíneo, además la obligación o el derecho de dar alimentos, vocación hereditaria recíproca que se extiende a los parientes del adoptante y a los descendientes del adoptado, patria potestad, representación en juicio y fuera de él, administración de sus bienes, usufructo legal, tutela legítima, guarda y custodia, así como el adoptado deberá llevar los apellidos del adoptante. El adoptado pierde todo vínculo de parentesco respecto a la familia biológica. Es decir,

¹ Para Planiol el matrimonio, la filiación y la adopción son fuentes principales del derecho familiar.

² Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil I, Introducción personas y familia*, 33a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 260-262.

se extingue toda la filiación antigua con todas las consecuencias legales que esto implica.³

Por otro lado, la *adopción simple* implica solo parentesco entre el adoptante y adoptado; así como, sólo genera derechos y obligaciones entre éstos, por lo que el vínculo jurídico se reduce entre adoptante y adoptado. Este tipo de adopción permite la revocación restituyendo todo al estado en que estaban las cosas antes de la adopción.

2. *Adopción internacional y adopción por extranjeros*

La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país con residencia habitual fuera del territorio nacional; es decir, es el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la residencia habitual de adoptantes o adoptados.

Por otro lado, la adopción por extranjeros es aquella en la que la nacionalidad constituye el punto de conexión para determinar la internacionalidad; es decir, es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional.

Así pues, la adopción internacional es la que incorpora elementos de órdenes jurídicos de diferentes Estados, mientras que la adopción por extranjeros puede constituir una adopción nacional en la que el adoptante o adoptantes son extranjeros y que puede llegar a ser internacional por el cambio en su domicilio.⁴

Por lo anterior, es necesario esclarecer los conceptos de nacionalidad⁵ y residencia habitual. La primera es un punto de conexión⁶ que implica la expresión del principio de soberanía del Estado sobre sus nacionales. Como característica de este punto de conexión se encuentra que es más difícil

³ Saldaña Pérez, Jesús, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A., *Estudios sobre adopción internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 19 y 20.

⁴ En el siguiente capítulo, cuando se desarrolle la normativa internacional, en particular la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores, celebrada en la paz Bolivia en vigor desde mayo de 1987, se entenderá este supuesto derivado de la declaración interpretativa que el gobierno mexicano hizo de manera extensiva en cuanto a lo establecido en el artículo 20 de la Convención en comento.

⁵ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa Gonzalez, J., *Derecho de familia internacional*, 4a. ed., España, Editorial Colex, 2008, Colección el Derecho de la Globalización, pp. 265-266.

⁶ O punto de contacto por medio del cual la vinculación se representa por ciertos indicios (nacionalidad, lugar de celebración del acto, lugar del pago, lugar de ejecución del contrato, etcétera) en Pereznieta Castro, Leonel, *Derecho Internacional privado, parte general*, 7a. ed., México, Oxford México, 2003, pp. 15-30.

cambiar la nacionalidad que la residencia habitual, pues la nacionalidad es una conexión estable.

Además, la nacionalidad garantiza la aplicación de una sola ley estatal a las cuestiones relativas al estatus jurídico del individuo. La nacionalidad permite al emigrante mantener sus vínculos culturales con su país de origen, es un punto de conexión cultural; sin embargo, dicho punto de conexión tiene como inconveniente que no garantiza la aplicación de la ley correspondiente al medio social en el que el individuo desarrolla su vida. Asimismo, teóricos del derecho internacional privado afirman que es inadecuado para países que son receptores de emigrantes porque se aumenta injustificadamente la aplicación de leyes extranjeras en ese país y con ello impide que el país realice en su territorio, mediante la aplicación de políticas públicas o su propia regulación, los fines que persigue. Además, constituye un punto de conexión muy complicado ya que hay casos de múltiple nacionalidad y apátrida.

Por otro lado, residencia habitual⁷ es el punto de conexión preferido por muchos Convenios concluidos en el marco de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, que regulan materias relativas a la persona. Que presenta ventajas puesto que conduce a aplicar la ley del país que corresponde al centro social de vida del individuo, que es una ley de aplicación previsible y por ello reduce costos; además, constituye un concepto fáctico, debido a que se determina por datos de hecho. Sin embargo, entre los inconvenientes que presenta, es conexión escasamente multicultural porque somete obligatoriamente a los emigrantes a la ley del país de recepción, provocando así la aplicación de leyes de países que pueden presentar una conexión muy débil con la situación si el sujeto reside habitualmente en un país con el que no tiene vinculación sustancial.

3. *Matrimonio, matrimonio homosexual*

El matrimonio constituye fuente del estado civil, que crea consecuencias jurídicas en cuanto a las obligaciones y derechos subjetivos que se originan entre los consortes.

Dicha institución al igual que el concepto de adopción ha cambiado con el transcurso del tiempo. En el sistema jurídico mexicano en concreto la primera ley que definió y reguló al matrimonio es la Ley de Matrimonio Civil

⁷ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *op. cit.*, p. 20.

del 3 de julio de 1859,⁸ dicha ley constituía una ley de reforma; en esta ley se estableció que el matrimonio es un contrato civil y no puede celebrarse más que por un solo hombre con una sola mujer. Asimismo, se determinó que el matrimonio civil es indisoluble, por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo, pero podrán los casados separarse temporalmente; sin embargo, la separación no los deja libres para casarse con otras personas.

Para 1870 se publicó el primer Código Civil para el Distrito Federal, adoptado por 23 estados,⁹ en dicho código se define al matrimonio como “sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con el vínculo indisoluble, para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.¹⁰ En 1873¹¹ se aprobaron una serie de adiciones constitucionales que se integraron a lo que se determinaba en la Ley del Matrimonio Civil de 1859. Se estableció que “el matrimonio es un contrato civil. Por lo que éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas atribuyan”. Asimismo, en la ley orgánica de las adiciones y reformas constitucionales de diciembre de 1874, se definió que la competencia en materia de matrimonio es de las legislaturas locales, pero se establecía un régimen federal al que deberían sujetarse las legislaturas locales y señalaba que el matrimonio era monogámico e indisoluble.

Para 1928 se publicó el nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, que entró en vigor en 1932. Este código sirvió como modelo de los nuevos códigos locales que se publicaron con posterioridad. La novedad importante de dicho código, en palabras de Adame Goddard, es que se afecta la noción de matrimonio porque reconoce el concubinato y por ello puede tener ciertos efectos jurídicos. Aquí inicia la distinción entre matrimonio como unión con plenos efectos legales y concubinato como unión con efectos

⁸ Artículo 1o.-4o. de la Ley de Matrimonio Civil del 3 de julio de 1859.

⁹ Aguascalientes, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas. Adame Goddard, Jorge, en González Martín, Nuria (comp.), *Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 3.

¹⁰ Adame Goddard, Jorge, en González Martín, Nuria (comp.), *ibidem*, p. 3.

¹¹ *Ibidem*, p. 4.

limitados.¹² Esta nueva dicotomía es un tema que no debe pasar desapercibido para el tema central de este trabajo.

Una vez hecha esta breve introducción, en cuanto a las modificaciones que ha sufrido esta institución en nuestro país a lo largo del tiempo, resulta imprescindible tratar al matrimonio homosexual o matrimonio entre personas del mismo sexo.

El matrimonio entre personas del mismo sexo o matrimonio homosexual regula la relación y convivencia de dos personas del mismo sexo, con los mismos efectos, derechos y obligaciones de aquellos matrimonios entre personas de diferente sexo. En los países que se aprueba dicha unión¹³ se extiende dicha institución a personas del mismo sexo, con los efectos que el ordenamiento jurídico venía reconociendo previamente a los matrimonios.

El Distrito Federal es la capital del primer país en América Latina que aprueba el matrimonio homosexual; esta modificación tiene como antecedente la figura de sociedad de convivencia.

Es así que a finales de 2008 se hace la propuesta legislativa para la reforma del Código Civil para el Distrito Federal, en la que se plantea la posibilidad de que se permita el matrimonio por personas del mismo sexo.

Finalmente, el 29-12-2009 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, reformándose los artículos: 146,¹⁴ 237,¹⁵ 291 bis,¹⁶ así como

¹² *Ibidem*, p. 5.

¹³ Los países en los cuales el matrimonio homosexual es legal en todo su territorio son: Países Bajos (desde 2001), Bélgica (desde 2003), España (desde 2005), Canadá (desde 2005), Sudáfrica (desde 2006), Noruega (desde 2009), Suecia (desde 2009), Portugal (desde 2010); Además el matrimonio es legal en seis jurisdicciones de Estados Unidos: Massachusetts (desde 2004), Connecticut (desde 2008), Iowa (desde 2009), Vermont (desde 2009), New Hampshire (desde 2010), Washington, D. C. (en vigor desde 2010) y en una jurisdicción de México: México, D. F. (desde 2010). Estos datos fueron obtenidos en la página http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo; 1o. de abril de 2010.

¹⁴ Artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal. “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código”.

¹⁵ Artículo 237 del Código Civil para el Distrito Federal. “El matrimonio de una persona menor de edad, dejará de ser causa de nulidad cuando la persona menor hubiere llegado a los dieciocho años, y ni ésta ni su cónyuge hubieren intentado la nulidad”.

¹⁶ Artículo 291 Bis del Código Civil para el Distrito Federal. “Las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

también los artículos 294,¹⁷ 391¹⁸ y 724.¹⁹ Siendo los artículos 146 y 391 los que abren la pauta para que parejas del mismo sexo puedan celebrar un matrimonio y también adoptar.

Además del matrimonio homosexual existen figuras como parejas de hecho, uniones civiles o sociedad de convivencia, que reconocen la unión entre personas del mismo sexo, pero que tienen efectos limitados. Todo obedeciendo a un contexto de realidad social, histórica, sociológica y por ende jurídica en cada región.

Con relación a lo anterior, debemos tratar las reformas que se han dado en los últimos años en México, Distrito Federal.

En primer lugar, desde el 2001 se presentó la propuesta en cuanto a esta temática, sin embargo es hasta el 26 de octubre de 2006 cuando se sometió en el pleno de la IV Asamblea Legislativa del Distrito Federal la propuesta de iniciativa de ley de sociedades de convivencia. En la exposición de motivos se planteó que:

...La figura de la Sociedad de Convivencia constituye una figura jurídica nueva que no interfiere en absoluto con la institución del matrimonio ni la vulnera. No impide la práctica del concubinato en su estructura actual y no modifica las normas vigentes relativas a la adopción. Implica reconocer consecuencias jurídicas a las diversas formas de convivencia humana, que como formas de integración social, mejoran la calidad de vida de sus habitantes.

En el caso de la Sociedad de Convivencia, los efectos jurídicos del vínculo ocurren una vez que los suscriptores de la sociedad manifiestan su consenti-

No es necesario el transcurso del periodo mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios”.

¹⁷ Artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal. “El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos”.

¹⁸ Artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal. “Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior”.

¹⁹ Artículo 724 del Código Civil para el Distrito Federal. Pueden constituir el patrimonio familiar la madre, el padre o ambos, cualquiera de los cónyuges o ambos, cualquiera de los concubinos o ambos, la madre soltera o el padre soltero, las abuelas, los abuelos, las hijas y los hijos o cualquier persona que quiera constituirlo, para proteger jurídica y económicamente a su familia.

miento por escrito, por lo que éste es el primero de los elementos de la definición al establecer que se trata de un acto jurídico bilateral.

El segundo elemento de definición hace referencia a que dichas personas vivan juntas, no sólo compartiendo una vivienda, sino teniendo un hogar común, esto es, un espacio de interacción en el que se compartan también derechos y obligaciones. El no hacerlo por más de tres meses, sin causa justificada, dará lugar a la terminación de la sociedad.

El tercer elemento se refiere a la permanencia, que se traduce en el ánimo que constituye el motivo determinante de la voluntad de los convivientes de estar juntos de manera constante.

Finalmente, el elemento de ayuda mutua hace alusión a la necesaria solidaridad que debe existir entre los convivientes. La convivencia es el elemento trascendental, al igual que la ayuda mutua, para constituir y conservar el acuerdo. Cada uno de los integrantes, al tomar la decisión de formar parte de una Sociedad de Convivencia, comparte la vida con la otra persona. Por ello, uno de los requisitos para formar parte del acuerdo es estar libre de matrimonio y no formar parte, en ese momento, de otra Sociedad de Convivencia, ya que se requiere la constancia y la interacción cotidiana de sus integrantes.

La decisión de las dos personas convivientes es indispensable para la constitución del acuerdo, razón por la cual los integrantes, al elaborar el documento mediante el que constituyen una Sociedad de Convivencia, deben incluir, entre otras cosas, la manera en que habrán de regirse los bienes patrimoniales. Así, más que crear una nueva institución, se podrá apelar a figuras ya existentes en nuestra legislación. Tal es el caso de la copropiedad, la donación o el usufructo, en cuyo caso su regulación se dará conforme a las disposiciones legales existentes para la figura elegida...

Finalmente se aprobó el 9 de noviembre de 2006 y se publicó el 16 de noviembre de 2006 y entró en vigor el 16 de marzo de 2007.

En la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal se define a la Sociedad de Convivencia como un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.²⁰ Además se equipara al concubinato²¹ porque se establece que para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos la *sociedad de convivencia* se regirá, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último se producirán entre los convivientes.

²⁰ Artículo 2o. de la Ley de Sociedad en Convivencia para el Distrito Federal del 16 de noviembre de 2006.

²¹ *Ibidem*, artículo 5o.

Entre los derechos y obligaciones²² de los convivientes está el deber recíproco de dar alimentos, se generan derechos sucesorios (sucesión legítima intestamentaria), a desempeñar tutela en caso de que se declare en estado de interdicción a uno de los convivientes.

Además es importante mencionar que el estado de Coahuila, mediante la reforma de su código civil, constituye la segunda entidad de la república mexicana en la que se reconocen legalmente este tipo de uniones, la figura es denominada pacto civil de solidaridad, que constituye²³ un contrato celebrado por dos personas físicas, mayores de edad, de igual o distinto sexo, para organizar su vida en común; a quienes lo celebren se les considerara compañeros civiles. Es importante notar que tanto parejas heterosexuales como de homosexuales pueden celebrar este pacto de solidaridad.

Una vez adquirido²⁴ el estado de compañeros civiles, se está legitimado para el reclamo de las prestaciones, bajo modalidades de pensiones, disposiciones testamentarias especiales, beneficios o provechos por prestaciones sociales u otros análogos que contemplen las leyes, así como a recibir alimentos.

Cabe mencionar que aquellos compañeros civiles del mismo sexo²⁵ no pueden llevar a cabo adopciones en forma conjunta o individual, ni pueden compartir o encomendar la patria potestad o guardia y custodia de los hijos menores del otro.

4. *Interés superior del menor*

La evolución y cambio del concepto de adopción nos lleva a tratar de entender el concepto primordial para esta temática. A lo largo de la historia la adopción ha cambiado su finalidad de ser un mero mecanismo para conservar la estirpe y el nombre de una familia, hasta nuestros días en el que se ve a la adopción como un mecanismo de protección para el menor. Pero ¿cómo se protege al menor? Y ¿quién determina cual es la mejor protección para éste? La respuesta es poco objetiva, ya que se debe analizar caso por caso para resolverla; sin embargo, lo que debe prevalecer en la adopción es que ésta se base en el interés superior del menor, el cual está dado por las diferentes necesidades del menor, la sociedad en la que se desenvuelve y la cultura en la que se encuentra. Por todo lo anterior, es un concepto muy difícil de definir, ya que es un concepto jurídico indeterminado.

²² *Ibidem*, capítulo III, artículo 13 al 19.

²³ Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza, artículo 385-1.

²⁴ *Ibidem*, artículo 385-4.

²⁵ *Ibidem*, artículo 385-7.

En la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 se establece concretamente en el artículo 21 que los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

Siempre buscando el interés superior del menor, en materia internacional hay diferentes e importantes principios que enmarcan la adopción internacional, por su importancia teórica y práctica se comentan; ya que constituyen directrices en el proceso adoptivo y son el principio de subsidiariedad cooperación internacional.

5. *Principio de subsidiariedad*

Este principio consiste en que la adopción internacional procede solo después de haberse estudiado y analizado todas las posibilidades de colocación del menor en su Estado de origen. El Estado mexicano interpreta dicho principio con el criterio de que la edad mínima que deben tener los menores sujetos al proceso de adopción internacional debe ser de tres años.²⁶

6. *Principio de cooperación internacional*

La cooperación²⁷ constituye un medio de reparto de responsabilidades entre los Estados contratantes, con el fin en común de perseguir el respeto a los derechos fundamentales del niño y el interés superior del menor. Asimismo, en este principio general, se encuentran conectados otros principios tales como:

a) Control de las formalidades. Cada Estado señala la forma en que se lleva a cabo una adopción, además de que debe adecuar los procedimientos a lo que se establece en las Convenciones.

²⁶ González Martín, N., *Adopción internacional, la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 63.

²⁷ *Ibidem*, pp. 67-69.

b) Intervención de autoridades competentes. Al fundamentarse en la cooperación recíproca entre los Estados contratantes, la Convención de La Haya de 1993 tiene como finalidad promover la confianza y asegurar la relación efectiva entre el Estado de origen y el Estado de recepción, basándose en el respeto mutuo y el cumplimiento de la normatividad, así como de las reglas profesionales y éticas.

c) Carácter subsidiario de la adopción internacional. Como se explicó en párrafos anteriores.

d) Igualdad en el trato. El niño adoptado en un país distinto al suyo debe gozar de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.

e) Certeza respecto a la situación legal del menor, antes de proceder a la adopción internacional, para ello es necesaria la cooperación internacional.

f) Consentimiento libre e informado. De los titulares de la patria potestad o tutela del niño.

g) Rapidez en los procedimientos, en función del interés superior del menor, además de que se protejan los derechos de los padres biológicos del menor y de los adoptantes.

h) Carácter no lucrativo de la adopción. Las autoridades deben cooperar para vigilar que una adopción internacional no tenga fines de lucro para los participantes.

i) Reconocimiento de la adopción. Es de suma importancia en este punto la cooperación internacional para que los Estados de recepción reconozcan las adopciones otorgadas por los Estados de origen y así se produzcan todos los efectos jurídicos que conlleva una adopción internacional.

j) Seguimiento. Una vez finalizado el procedimiento de adopción en función de que se proteja el interés superior de menor y así se pueda garantizar el bienestar del niño.

II. DERECHO APLICABLE

Con el paso de los años se ha incrementado el interés en cuanto a la protección de los derechos fundamentales o humanos. Con dicha finalidad el consenso internacional ha logrado la concretización de diversos instrumentos que establezcan principios fundamentales para que se obtenga una protección eficaz de estos derechos. Por ello, la interpretación normativa²⁸ de un Estado se expande, no solo al margen de lo establecido en el texto cons-

²⁸ Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales, Interpretación constitucional, La corte y los derechos*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2009, p. 15.

titucional o de las leyes secundarias, debido al poder vinculante del compromiso internacional.

Es importante destacar que falta mucho por hacer, todavía la brecha entre el papel y la práctica es muy amplia; sin embargo, hay avance.

En los siguientes párrafos se analizarán, en primer lugar, los instrumentos que establecen los compromisos internacionales que ha adquirido nuestro país al firmar y ratificar convenciones internacionales. Entre estos destaca la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores, celebrada en La Paz, Bolivia, en vigor desde mayo de 1987. Asimismo, contamos con la Convención sobre protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, que se firmó en La Haya en 1993. Es importante tener presente que en el sistema jurídico mexicano, tratándose de derechos humanos, los tratados internacionales están por encima de las leyes y debajo de la Constitución. Por ello, es importante analizar Convenciones cuyo objeto material sea la adopción.

1. *Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores, celebrada en La Paz, Bolivia, en vigor desde mayo de 1987*

Con sede en La Paz, Bolivia, en la Tercera Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado (CIDIP-III), promovida por la Organización de los Estados Americanos²⁹, se firmó la Convención el 24³⁰ de mayo de 1984.

²⁹ La OEA es una organización con sede en Washington D. C., que se fundó en 1948, que está integrada por países americanos, cuyos propósitos son afianzar la paz y la seguridad del continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural; erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros. Consulta en <http://www.oas.org/es/acerca/proposito.asp> y http://www.oas.org/es/acerca/estados_miembros.asp el día 15 de mayo de 2013.

³⁰ Datos cronológicos obtenidos en la edición en CD de COMPILA TRATADOS VIII.

A. *Ámbitos de aplicación*

a. *Ámbito personal o material*

La presente Convención³¹ se aplicará a la adopción de menores bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado parte. Este Convenio se ocupa de aquellos conflictos de leyes en materia de adopción de menores.

b. *Ámbito espacial*

Al tratarse de un convenio *inter partes*, el domicilio del adoptante o adoptantes debe encontrarse en un Estado parte y la residencia habitual del adoptado en un Estado parte. Por otro lado, ésta es una Convención multilateral firmada y ratificada por:³² Belice, Brasil, Chile, Colombia, Honduras México, Panamá y Uruguay. Solamente firmada con pendiente ratificación por Ecuador, Haití, Paraguay, República Dominicana y Venezuela.

c. *Ámbito temporal*

Entró en vigor el 26 de mayo de 1988 de conformidad al artículo 26³³ de la Convención, siendo el depositario de instrumento original y ratificaciones la Secretaría General de la OEA. Asimismo, en el artículo 28³⁴ de la Con-

³¹ Artículo 1o. de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

³² Consulta del estado de firmas y ratificaciones del instrumento estudiado en la página <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-48.html> el día 15 de mayo de 2013.

³³ Artículo 26 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

³⁴ Artículo 28 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores. La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, con-

ción se determina que regirá indefinidamente. En cuanto a nuestro Estado, México la firmó el día 2³⁵ de diciembre de 1986, posteriormente fue aprobada por el Senado el 27 de diciembre de 1986 y el 6 de febrero de 1987 se publicó la aprobación de la Convención. El 11 de febrero de 1987 se ratificó la Convención y se promulgó el 1o. de julio de 1987, finalmente se publicó el 21 de agosto de 1987. Entró en vigor por ratificación el día de 26 de mayo de 1988.

B. *Contenido del documento*

Declaraciones

Cabe mencionar que en noviembre de 1987 México hizo una declaración interpretativa³⁶ en cuanto al contenido de la Convención y establece lo siguiente: “México declara que hace extensiva la aplicación de la presente Convención a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los artículos 12³⁷ y 20³⁸ de dicho instrumento interamericano”.

Sin embargo, la Misión Permanente de México ante la OEA, mediante nota No. 01369,³⁹ de fecha 28 de mayo de 1992, informó a la Secretaría General en su calidad de depositaria de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción, la siguiente rectificación a la declaración hecha al ratificar la referida Convención: “El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos declaró hacer extensiva la aplicación de la mencionada Convención a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los artículos 12 y 20 de dicho instrumento, referencia que es incorrec-

tado a partir de la fecha del depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados.

³⁵ Datos cronológicos obtenidos en la edición en CD de COMPILA TRATADOS VIII.

³⁶ Se puede consultar la página: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-48.html>.

³⁷ Artículo 12 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores. Las adopciones referidas en el artículo 1 serán irrevocables. La revocación de las adopciones a que se refiere el artículo 2o. se regirá por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción.

³⁸ Artículo 20 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores. Cualquier Estado Parte podrá, en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado Parte, cuando, de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado Parte después de constituida la adopción.

³⁹ Véase <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-48.html>.

ta ya que tal declaración se aplica a los artículos 2⁴⁰ y 20 de la citada Convención, suscrita en la Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984”.

C. Aspectos generales

Esta Convención establece reglas que regulan las opciones legales ante los conflictos existentes en materia de adopción de menores.

Asimismo, se establece que los puntos de conexión sean para el adoptante o adoptantes el domicilio y para el adoptado la residencia habitual.

En esta Convención se incluye la adopción plena además de que se contempla la opción de la adopción simple. Además, se establece que la adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida sean irrevocables.

En esta Convención se determina que los requisitos de publicidad y registros se registrarán por la ley del Estado en el que deben ser cumplidos.

Se deben aplicar para ejercer derechos sucesorios del adoptante y adoptado, de conformidad a la Convención, las normas aplicables a las respectivas sucesiones.

Conforme a la Convención, aunque subsiste el vínculo entre el adoptado y su familia de origen en cuanto a los impedimentos para contraer matrimonio, se disuelve.

Además se expresa en el texto de la Convención la diferencia entre adopción internacional y adopción por extranjeros.⁴¹

Al respecto, como se mencionó en párrafos anteriores, México hizo una declaración interpretativa del artículo 20 de la Convención, por la que acepta que se aplica la Convención a las adopciones de menores con residencia habitual en él por personas que también tengan residencia habitual en el mismo Estado parte, cuando de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado parte después de constituida la adopción.

En este sentido se cree que esta adopción es nacional, que puede ser usada para efectuar fraude a la ley y por lo tanto puede ser una herramienta

⁴⁰ Artículo 2o. de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores. Cualquier Estado Parte podrá declarar, al momento de firmar o ratificar esta Convención, o de adherirse a ella, que se extiende su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional de menores.

⁴¹ Artículo 20 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

para que se cubran ilícitos. Debido a que se permite que una adopción puramente nacional se convierta en internacional y así se pueda manipular el uso del principio de subsidiariedad.

D. *Competencia judicial*⁴²

En cuanto a la competencia, se da preferencia a favor de las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado. Se prevé la opción de que las autoridades que otorguen la adopción puedan exigir que el adoptante (o adoptantes) acredite aptitudes (tales como: física, moral, psicológica y económica) a través de instituciones, sean públicas o privadas, que tengan como finalidad específica la protección del menor. Dichas instituciones necesitan estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional que esté facultado para ello. Estas instituciones tienen el compromiso de informar a la autoridad otorgante de la adopción acerca de las condiciones en que se ha desarrollado la adopción, durante el lapso de un año. Para efectuarlo, se establece la obligación a la autoridad otorgante de comunicar a la institución acreditante el otorgamiento de la adopción.

En el otorgamiento de las adopciones es competente la autoridad del Estado de la residencia habitual del adoptado. Asimismo, es competente en la revocación o anulación el juez de la residencia habitual del adoptado al momento de que se otorgó la adopción.

Sin embargo, son competentes para decidir la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o figuras afines, alternativamente y a elección del actor, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o las del Estado donde tenga domicilio el adoptante (o adoptantes), o las del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión.

Por otro lado, tratándose de la toma de decisiones a cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituya domicilio propio.

A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (o adoptantes).

⁴² Artículos 15, 16, 17 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

E. *Derecho aplicable*⁴³

Regirá la ley de la residencia habitual del menor en:

1. Capacidad para ser adoptado.
2. Consentimiento.
3. Requisitos para ser adoptado.
4. Procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo.
5. Al momento de la adopción las relaciones del adoptado con su familia de origen.
6. Del momento de la adopción la revocación de las adopciones que se establecen en el artículo 2o.⁴⁴ de la Convención.
7. Del momento de la adopción, a elección del actor, en los casos que sea posible la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o instituciones afines. Es necesario el consentimiento del adoptado si es mayor de 14 años de edad.
8. La anulación de la adopción cuando ésta se haya regido por la ley de la residencia habitual del adoptado.

Regirá la ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) en:

1. Capacidad para ser adoptante
Requisitos para ser adoptante. Por ejemplo el de edad y estado civil del adoptante, así como otros.
Es importante señalar que en el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley del adoptado.
2. Consentimiento del cónyuge del adoptante (si es el caso).
3. Las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, inclusive las alimentarias, y las del adoptado con la familia del adoptante (o adoptantes), se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante (o adoptantes) con su familia legítima.

⁴³ Artículos 3o., 4o., 9o., 10, 11, 13, 14 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.

⁴⁴ Al respecto se entienden tipos diferentes a la adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines. Como se puede observar en el siguiente texto: Artículo 2o. Cualquier Estado Parte podrá declarar, al momento de firmar o ratificar esta Convención, o de adherirse a ella, que se extiende su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional de menores.

Al respecto de lo anterior, no necesariamente rige la ley del domicilio del adoptante, pero, por regla general, se puede entender que en el domicilio del adoptante se encuentra la familia legítima.

4. Las relaciones entre adoptante (o adoptantes) y adoptado, tratándose de adopciones distintas a la adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines.

5. Del momento en que se pide la conversión, a elección del actor, en los casos que sea posible la conversión de la adopción simple en plena o legitimación adoptiva o instituciones afines. Es necesario el consentimiento del adoptado si es mayor a 14 años de edad.

6. La anulación de la adopción, cuando ésta se haya regido por la ley del domicilio del adoptante.

Como se puede observar, el instrumento analizado anteriormente es bipartito, porque contiene preceptos que regulan la competencia y también derecho aplicable. Si bien no es el instrumento más completo, ni perfecto, para regular la adopción internacional, es un instrumento que ayuda a unificar criterios de suma importancia y trascendencia. Además, constituye un logro más en la lucha de la protección internacional del menor, y es una base importante para el desarrollo de la Convención de La Haya de 1993, sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional.

2. *Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional suscrita en La Haya, en 1993*

En este Convenio compuesto por 48 artículos, 7 capítulos y 1 preámbulo, se retoman los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño;⁴⁵ es decir, el interés superior del niño, la subsidiariedad de la adopción, la comunicación y cooperación entre las autoridades del país de origen de los niños y las autoridades del país de su recepción. Es una convención que está suscrita por 66 Estados y firmada por representantes de Brasil, Costa Rica, Rumania y México.

Para abril de 2001, los Estados parte del Convenio son 41 países, 23 Estados miembros de la conferencia de La Haya y 18 miembros de la conferencia (adhesiones). Se distinguen 10 países de origen de los menores y 31 países de recepción de menores.

⁴⁵ González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andres, *Estudios sobre adopción internacional*, cit., p 37.

Constituye un Convenio especializado que generó un modelo que se requiere como parámetro mínimo o referencia mínima.

En los siguientes párrafos se analizará la Convención de La Haya.

A. *Ámbitos de aplicación*

a. *Ámbito personal*

Se aplica el Convenio en comentario⁴⁶ cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (Estado de origen), ha sido, es o va a ser desplazado a otro contratante (Estado de recepción), bien después de la adopción en el Estado de origen por los cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o Estado de origen.

Cabe destacar que el Convenio sólo se aplica a las adopciones que establecen vínculo de filiación, es decir, adopción plena.

Asimismo, en el Convenio se establece⁴⁷ que se podrá confiar al niño a los futuros padres adoptivos si la autoridad central del Estado de origen se ha asegurado de que los futuros padres adoptivos han manifestado su acuerdo; también cuando la autoridad central del Estado de recepción haya aprobado tal decisión, si así lo requiere la ley de dicho Estado o la autoridad central del Estado de origen; además de que las autoridades centrales de ambos Estados estén de acuerdo en que se siga el procedimiento de adopción; y, finalmente que se constate, de acuerdo con el artículo 5o.,⁴⁸ que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

Con relación a lo anterior, el Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones mencionadas, en el precedente párrafo, antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.

⁴⁶ Artículo 2o. de la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de La Haya de 1993.

⁴⁷ *Ibidem*, artículo 17.

⁴⁸ Las adopciones consideradas por el Convenio sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción: *a)* han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar; *b)* se han asegurado que los futuros padres adoptivos han sido convenientemente asesorados, y *c)* han constatado que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en dicho Estado.

b. Ámbito material

Este Convenio se refiere a la protección de menores⁴⁹ y cooperación en materia de adopción internacional. La Convención tiene por objeto establecer garantías para que en las adopciones internacionales se considere el interés superior del menor y el respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional; así como establecer un sistema de cooperación que asegure el respeto a dichas garantías y en consecuencia prevengan la sustracción de menores, la venta o el tráfico. Asimismo, tiene por objeto asegurar el reconocimiento de las adopciones realizadas en el marco de lo establecido en la Convención.

c. Ámbito espacial

El Convenio sólo se aplica en aquellos países que lo hayan ratificado. Por el momento los países que lo han hecho son:⁵⁰ Alemania, Albania, Andorra, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Belice, Bielorrusia, Brasil, Bolivia, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, China, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovenia, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Guinea, Islandia, Hungría, India, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, México, Moldova, Mónaco, Mongolia, Malta, Mali, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Betaña e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, San Marino, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uruguay y Venezuela.

d. Ámbito temporal

El Convenio entró en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación de conformidad con el artículo 43⁵¹ de la Convención.

⁴⁹ Artículo 1o. de la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional de La Haya de 1993.

⁵⁰ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *Derecho Internacional Privado, parte general*, México, Nostra Ediciones-UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 2010, pp. 122 y 123.

⁵¹ 1. El Convenio estará abierto a la firma de los Estados que fueren miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado cuando se celebró su Decimo-

Sin embargo, en lo sucesivo para cada Estado que lo ratifique, acepte o apruebe posteriormente, o se adhiera al mismo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión; para las unidades territoriales a las que se haya hecho extensiva la aplicación del Convenio de conformidad con el artículo 45⁵² de la Convención, el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después de la notificación prevista en dicho artículo.

Una vez enunciado lo anterior, en el ámbito universal, cabe destacar que México firmó la Convención el día 29 de mayo de 1993,⁵³ se firmó *ad referendum*;⁵⁴ la Convención se suscribió en la ciudad de La Haya, Países Bajos. Se aprobó por el Senado de la República el 22 de junio de 1994, según consta en el decreto que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el día 6 de julio de 1994. Para agosto del mismo año, en concreto el día 26, se ratificó la Convención. Se depositó el 14 de septiembre de 1994. Y finalmente se promulgó el 14 de octubre de 1994 y se publicó el 24 de octubre del mismo año.

B. Contenido del documento

Declaraciones

El gobierno de México, al ratificar la Convención, formuló las siguientes declaraciones:

séptima Sesión y de los demás Estados participantes en dicha Sesión. 2. Será ratificado, aceptado o aprobado, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositario del Convenio.

⁵² 1. Cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en lo que se refiere a cuestiones reguladas por el presente Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, que el Convenio se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o varias de ellas y podrá en cualquier momento modificar esta declaración haciendo otra nueva. 2. Toda declaración de esta naturaleza será notificada al depositario del Convenio y en ella se indicarán expresamente las unidades territoriales a las que el Convenio será aplicable. 3. En el caso de que un Estado no formule declaración alguna al amparo del presente Artículo, el Convenio se aplicará a la totalidad del territorio de dicho Estado.

⁵³ Edición Compila Tratados VIII del Poder Judicial de la Federación, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, edición que contiene instrumentos internacionales y su correlación con las tesis emitidas por el Poder Judicial de la Federación.

⁵⁴ Lo que significa a condición de ser aprobado por quien posea poder para ello. Se dice comúnmente de votaciones populares sobre proyectos de ley y de convenios diplomáticos. En nuestro caso por el Senado de la República.

Con relación a los artículos 6o.,⁵⁵ numeral 2 y 22,⁵⁶ numeral 2, únicamente, fungirán como autoridades centrales para la aplicación de la Convención el sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de todas las entidades federativas de la república mexicana, en las que cada una cuenta con exclusiva jurisdicción en el territorio que pertenecen. Asimismo, el Sistema Nacional para el Desarrollo de la Familia tendrá jurisdicción exclusiva en el Distrito Federal y jurisdicción subsidiaria en las 31 entidades federativas. Más adelante en el capítulo tercero se verá con detalle en qué consiste la jurisdicción exclusiva y subsidiaria, así como el procedimiento de adopción.

Por otro lado, en cuanto a la recepción de documentación proveniente del extranjero, la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores fungirá como autoridad central.

Con relación a los artículos 17, 21 y 28, México declaró que sólo los menores que previamente hayan sido adoptados a través de los tribunales familiares nacionales podrán ser trasladados fuera del país.

Con relación a lo establecido en el artículo 23, numeral 2, de Convenio en comento, México declaró que la autoridad facultada para la expedición de las certificaciones de las adopciones que se gestionen conforme a la Convención, es la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

En cuanto al contenido del artículo 34, el gobierno mexicano declaró que debe estar acompañada de una traducción oficial en el idioma español, toda documentación que se remita a México en aplicación de la Convención.

C. Aspectos generales

Como se mencionó en el ámbito material, el objeto⁵⁷ de la Convención en comento es establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que se reconocen en derecho internacional. Mediante la instauración de un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure las garantías de los menores y ayude a prevenir la sus-

⁵⁵ Se refiere a que en el Estado federal hay en vigor diversos sistemas jurídicos o que tiene unidades territoriales autónomas, por ello se pueden designar más de una autoridad central.

⁵⁶ Se refiere a la autoridad central.

⁵⁷ Artículo 1o. de la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional de La Haya de 1993.

tracción, venta y tráfico de menores. Además, con la aplicación de este principio toral en la adopción internacional, se pretende dar certeza jurídica al adoptado, adoptante (adoptantes) y a su familia, porque otro objetivo primordial es asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

Esta Convención no admite reserva alguna y sólo se refiere a las adopciones plenas. Asimismo, estas adopciones sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de origen hayan establecido que el niño es adoptable, hayan constatado que la adopción internacional responde al interés superior del menor, que las personas, instituciones y autoridades hayan sido debidamente asesoradas para dar su consentimiento y que éste se haya dado libremente por escrito, así como que no haya mediado pago alguno para ello. Finalmente relacionado a este punto, cuando aplique, se tomen en cuenta los deseos y opiniones del niño, y con ello se dé el consentimiento también por escrito.

Por otro lado, las adopciones plenas que regula el Convenio analizado, sólo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción hayan constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar, se hayan asegurado que los futuros padres adoptivos se han asesorado convenientemente y finalmente constaten que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en ese Estado.

Elementos fundamentales para cumplir con el sistema garantista que este Convenio pretende otorgar son las autoridades centrales y organismos acreditados.

Se determina en el Convenio que todo Estado contratante debe designar una autoridad central que coopere con las demás, y así se promueva una colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos del Convenio, que se tomen las medidas adecuadas para proporcionar información sobre la legislación de sus Estados en materia de adopción y otro tipo de información general, como estadísticas y formularios, además que mutuamente se informen sobre el funcionamiento del Convenio y en la medida de lo posible, se supriman los obstáculos para su aplicación.

Asimismo, deberán tomar todas las medidas necesarias para prevenir toda práctica contraria a los objetivos del Convenio.

Las autoridades centrales, ya sea actuando autónomamente o en coordinación con autoridades públicas u otros organismos acreditados, están facultadas y en cierta manera vinculadas para reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción; facilitar, seguir

y activar el procedimiento de adopción; promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones; intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional; responder a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular de adopción formuladas por otras autoridades centrales o por autoridades públicas.

Como se mencionó en párrafos precedentes, para el cumplimiento del fin garantista de esta Convención se incorporó la posibilidad de delegar competencias de las autoridades centrales a organismos privados, debidamente acreditados por los Estados. Aunque cabe mencionar que un organismo acreditado solo podrá actuar en otro Estado contratante si ha sido autorizado por las autoridades competentes de ambos Estados.

D. Competencia judicial y derecho aplicable

El Convenio de La Haya no regula competencia judicial internacional ni derecho aplicable con claridad ni es tan específico como lo regula la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción Internacional.

E. Reconocimiento y ejecución⁵⁸

Una adopción certificada por la autoridad competente del Estado donde ha tenido lugar, se reconocerá de pleno derecho en los demás Estados contratantes. Cada Estado contratante, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, notificó o notificará al Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos qué identidad y qué funciones de la autoridad o autoridades son competentes en dicho Estado para la certificación. Asimismo, dará aviso en caso de cambiar la designación de estas autoridades.

Sólo se podrá denegar el reconocimiento de una adopción en un Estado contratante si es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

El reconocimiento de la adopción implica que se reconozca el vínculo de filiación entre el niño y los padres adoptivos; asimismo, se reconoce la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo. Por otro lado, hay

⁵⁸ Capítulo V que comprende del artículo 23 al 27 de la Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

una ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y sus progenitores, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar. Si la adopción tiene el efecto mencionado anteriormente, el niño gozará de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados, en el Estado de recepción y en todo Estado contratante en que se reconozca la adopción.

Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al convenio dicha adopción podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto, si la Ley del Estado de recepción lo permite, y si se cumplen los consentimientos exigidos en el artículo 4o., apartados *c* y *d*, han sido o son otorgados para tal adopción. Es importante tener en cuenta que la decisión sobre la conversión se aplicará conforme el artículo 23 de la Convención.

En resumen, para esta Convención la tarea primordial es proteger el interés superior del menor mediante la aplicación de un principio rector del derecho internacional, y en especial de la materia en comento, que es el de la cooperación internacional. Dicho principio es fundamental para poder hacer que estos buenos deseos plasmados en papel sean concretos y se traduzcan en acciones directas, concretas y, lo más importantes, eficaces.

Además por medio del consenso internacional se plasma en esta Convención el reconocimiento de que el Estado debe garantizar el desarrollo armónico de la personalidad del menor, y que es de suma importancia que éste se desarrolle en un medio familiar, con clima de felicidad, amor y comprensión.

Derecho sustantivo y derecho adjetivo mexicano frente a la adopción internacional por matrimonio homosexual

El Distrito Federal es la entidad federativa que permite expresamente la adopción por matrimonio homosexual. Con la reforma al artículo 146 del Código Civil se redefinió el matrimonio como la unión de dos personas, pudiéndose entender parejas del mismo sexo o parejas heterosexuales; lo anterior trae como consecuencia que los cónyuges del mismo sexo puedan adoptar,⁵⁹ ya sean éstos matrimonios nacionales o internacionales.

Asimismo, se puede observar que en el estado de Coahuila, en el artículo 511 del Código Civil se establece que la adopción internacional se registrá

⁵⁹ Por lo establecido en el artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal y por el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano y en lo conducente por el Código Civil para el Distrito Federal. Por lo que se entiende que reconoce el matrimonio homosexual y sus derechos.

En nuestra Constitución política se determina en los artículos 124⁶⁰ y 73⁶¹ que la Federación, para poder actuar debe tener expresamente la facultad que le otorgue dicha acción, así como se ejemplifica en el contenido del artículo 73. Es decir, lo que se puede entender para el particular como “lo que no está prohibido está permitido”, *contrario sensu*, para la Federación “lo que no está expresamente permitido o facultado, está prohibido”. Así pues, las facultades que no estén expresamente otorgadas a la Federación son otorgadas a los estados, por ello, en lo familiar la jurisdicción es materia local por lo que cada una de las entidades federativas legisla al respecto.

Con base en lo anterior, se determina que la competencia judicial internacional en México se reparte por razón de territorio y es materia estatal. La experiencia permite concluir que hay una regulación dispersa, que presenta ambigüedad en sus disposiciones, con sus excepciones, y esto se debe a que no se determina expresamente ante quién se lleva a cabo la adopción.

Concretamente nos referimos a que en el Código de Procedimientos Civiles de un estado en el artículo que establece las reglas específicas para determinar la competencia de un juez, concurren las opciones de jurisdicción voluntaria,⁶² negocios relativos a la tutela de menores o discapacitados y ejercicio de acción del estado civil pudiendo quedar la adopción internacional en cualquiera de las opciones mencionadas anteriormente. Lo que puede ocasionar la vulnerabilidad de los derechos de las partes y en específico del interés superior del menor porque se puede perder el equilibrio entre el proceso y el derecho aplicable en la relación jurídica además de que se pueden utilizar estas opciones como herramientas para fraude al foro competencial y hasta fraude a la ley. Por ejemplo, tratándose de actos de jurisdicción voluntaria, en la mayoría de los Estados, es juez competente el del domicilio que promueve, por lo que la inclinación de la balanza en el proceso no está a favor del menor, que representa la parte vulnerable y débil de la relación.

La regulación dispersa a la que nos referimos en el párrafo anterior se debe a que en los Estados Unidos Mexicanos hay 31 códigos civiles de los

⁶⁰ Artículo 124 constitucional. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados.

⁶¹ Facultades del Congreso.

⁶² Las adopciones se sujetarán al procedimiento de jurisdicción voluntaria, y las oposiciones se tramitarán como incidentes dentro del expediente de jurisdicción voluntaria. Lo mismo se dispone en revocación de las adopciones.

estados, 1 del Distrito Federal y el Federal; por otro lado, son 31 códigos de procedimientos civiles, uno del Distrito Federal y el federal. Lo anterior genera, de cierta manera, incongruencia legislativa, aunque la mayoría de los códigos se crearon a semejanza del Código del Distrito Federal.

Por otro lado, en cuanto a la determinación del derecho aplicable, existe un criterio general en la legislación mexicana y es el de reconocer las situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero. No obstante lo anterior, también existe el criterio de que no se aplicará una disposición extranjera si es contraria a nuestro orden público. De ser así, se aplicará el derecho local. Sin profundizar en la complejidad del tema de orden público surge la siguiente pregunta: ¿es parte del orden público mexicano la regulación de la unión de dos personas del mismo sexo como matrimonio homosexual?

En cuanto a la adopción en los códigos civiles y de procedimientos civiles de las entidades federativas de la república mexicana y Código Federal, en general, se hace la distinción entre adopción por extranjeros y adopción internacional, por lo que sí existe armonía con los criterios internacionales; por otro lado, se determina que la adopción internacional se regirá por los tratados internacionales suscritos y ratificados y en lo conducente por lo que cada código establezca. Asimismo, hay armonía en la determinación de que las adopciones internacionales son plenas; sin embargo, existe incompatibilidad y excepción con lo establecido en el estado de Baja California, ya que en el artículo 449 del Código Civil de este estado se determina que las adopciones a favor de extranjeros sólo se concederá en su forma simple,⁶³ pero si dos años después de otorgada. el juez, bajo ciertas condiciones, puede hacer la conversión en plena. Además de que la regulación en esta materia es ambigua y carece de claridad en sus definiciones. Por ejemplo, se interpreta que trata del concepto de adopción internacional al referirse a la “adopción de un menor por extranjeros”.

Es importante mencionar que en algunos estados de la república las disposiciones relativas a la adopción están derogadas en sus códigos civiles, pero están reguladas en sus respectivos códigos familiares, como por ejemplo en el estado de Hidalgo, Michoacán y Morelos.

⁶³ La adopción simple no crea ningún vínculo jurídico entre adoptado y la familia del adoptante, ni entre éste y la familia de aquél, salvo los impedimentos para contraer matrimonio con el adoptante o con sus ascendientes y descendientes, durante y después de disuelta la adopción.

III. CONCLUSIÓN

La conclusión que se obtiene en el presente trabajo está relacionada con el concepto de orden público, y surge la idea a raíz de la declaración de la validez de la reforma al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal. Al ser el *orden público* un concepto indeterminado de imposible definición cuyo contenido solo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar en el que se realice la valoración,⁶⁴ el juzgador al momento de recibir solicitud de iniciar el proceso de adopción por un matrimonio homosexual válidamente constituido en otro Estado, se considera quedará imposibilitado a apelar la no aplicación de una disposición extranjera, por ser incompatible con el orden público, porque en México el orden público no es local por lo que al ser constitucional la reforma del artículo citado ésta forma parte del orden público.

Asimismo, al haber cambiado el paradigma en el tratamiento jurídico de los niños, se aprovecha el foro para invitar a fomentar y fortalecer el reconocimiento como titulares de derechos. Ya que la tendencia por parte de algunas autoridades es ver al niño como un medio y no un fin en sí mismo. En concreto nos referimos a que el menor se ve como medio de realización personal de aquellas parejas que por su condición física (personas del mismo sexo) no los pueden tener. La idea que se quiere transmitir es que nadie tiene derecho a adoptar, sino el niño tiene derecho a una familia que le brinde protección y un desarrollo integral en la sociedad. Por ello la adopción constituye un medio solidario para este sector vulnerable.

Se concluye, del análisis de las normas competenciales de cada entidad federativa, que generalmente hay regulación dispersa y ambigua y esto es porque no se determina expresamente ante quién se lleva a cabo la adopción. Concretamente a que en el Código de Procedimientos Civiles de un estado, en el artículo que establece las reglas específicas para determinar la competencia de un juez, no se enumera dentro de las opciones el caso de adopción.

Lo que nos lleva a proponer que las legislaturas de las entidades federativas hagan las reformas pertinentes para que se incluyan en los artículos que determinan la competencia del juez en caso de adopción.

Un excelente ejemplo de ello es lo establecido en el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato en el que se determina lo siguiente: “En los procedimientos relativos a adopción y tutela de

⁶⁴ Tesis aislada, I.4°.A.63 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, X, febrero de 2005, p. 1956.

los menores incapacitados es juez competente el de la residencia del menor o incapacitado”.

Finalmente, desprendiéndonos de apreciaciones morales, y mucho menos discriminatorias, se requiere *prima facie* la garantía del interés superior del menor por parte del Estado, ya que debemos recordar que de cualquier decisión legislativa se está creando una política pública que va encaminada a una dirección. La pregunta final que se plantea es *¿hacia dónde?*